

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN UN CAMINO TODAVÍA EN CONSTRUCCIÓN

Silvia Romboli

Universidad Ramon Llull, ESADE, Barcelona

silvia.romboli@esade.edu

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: POCAS GARANTÍAS Y AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. III. UN PEQUEÑO PASO ADELANTE EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES, ENTRE MUCHAS CONFIRMACIONES DE LOS CONSOLIDADOS PREJUICIOS HACIA EL COLECTIVO TRANS. IV. UNA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DESTINADA A SER CONSOLIDADA: LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002, ASUNTO *CHRISTINE GOODWIN C. REINO UNIDO*, Y LAS DEMÁS DECISIONES DE LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI. V. EL TEDH SIGUE INTENSIFICANDO LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO TRANSEXUAL. 5.1. La creciente importancia del respeto de la integridad física de la persona trans. 5.2. El control por parte del Tribunal Europeo de los requisitos para obtener el cambio registral del sexo y ampliación de la protección también a las personas transexuales no operadas. 5.3. Protección de la integridad física de las personas transexuales y restricción del margen de apreciación nacional en el caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 2017. 5.4. El reconocimiento de nuevos requisitos durante el procedimiento de cambio registral de sexo: la necesidad de “rapidez, transparencia y accesibilidad”. VI. LA RECIENTE SENTENCIA *X. E Y. C. RUMANIA* DE 2021: ¿CONSOLIDACIÓN DE AVANCES IMPORTANTES O PRUDENCIA EXCESIVA POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO? VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

23

RESUMEN

En razón de la importancia de las actuaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la construcción y difusión de unas normas comunes de protección de los derechos humanos, tanto en el entorno europeo como a nivel internacional, este trabajo se dedica a recopilar, con las oportunas consideraciones críticas, las decisiones del Tribunal Europeo relativas a la vulneración de los derechos humanos ante la negativa de los Estados miembros del Consejo de Europa a la modificación del sexo en los registros civiles solicitada por personas transexuales. El propósito principal del artículo es, en efecto, difundir los contenidos de la jurisprudencia del TEDH sobre el particular, con el objetivo de que las instituciones nacionales actúen conforme a los estándares elaborados por el Tribunal Europeo.

Palabras clave:

Derecho a la identidad sexual, transexualidad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, art. 8 CEDH, modificación registral del sexo, derecho a la integridad física y moral.

ABSTRACT

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND MODIFICATION OF SEX IN CIVIL REGISTRIES: THE RIGHTS OF TRANSEXUAL PEOPLE ON A PATH STILL UNDER CONSTRUCTION

Due to the importance of the actions of the European Court of Human Rights in the construction and dissemination of common standards for the protection of human rights, both in the European environment and at the international level, this work is dedicated to compiling, with the appropriate critical considerations, the decisions of the European Court regarding the violation of human rights in the face of the refusal of the Member States of the Council of Europe to change the sex in civil registries requested by transsexuals. The main purpose of the article is, in effect, to disseminate the contents of the case-law of the ECtHR on the matter, with the aim that national institutions act in accordance with the standards elaborated by the European Court.

Key Words:

right to sexual identity, transsexuality, European Court of Human Rights, art. 8 ECHR, registration change of sex, right to physical and moral integrity..

I. INTRODUCCIÓN.

La trascendencia del rol del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la construcción y difusión de una “cultura” de protección de los derechos es incuestionable.

Las jurisdicciones nacionales del entorno europeo y también los tribunales de otras organizaciones supranacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, incorporan en su jurisprudencia la doctrina sentada por el Tribunal Europeo en materia de tutela de derechos.

Asimismo, las decisiones del TEDH son fuente de inspiración para las actuaciones de los órganos legislativos nacionales, en particular cuando el Estado en cuestión haya recibido una o más condenas por parte del Tribunal de Estrasburgo¹.

Por todo ello, conocer, analizar y difundir los contenidos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo constituyen unos pasos fundamentales para promover un efectivo avance en la protección de los derechos de las personas y los colectivos, y para impulsar los poderes públicos nacionales a actuar conforme a unos estándares mínimos comunes de tutela de esos derechos.

Por tanto, el propósito de este trabajo es examinar un ámbito específico de intervención del Tribunal Europeo, esto es, la protección de los derechos de las personas transexuales ante la negativa de los poderes públicos nacionales a la autorización del cambio registral del sexo, con la finalidad de deducir y difundir las normas comunes mínimas de protección del colectivo trans fijadas por la jurisprudencia del TEDH.

El análisis, asimismo, pretende demostrar que, pese a que muchos de los asuntos examinados tienen elementos en común, la respuesta del Tribunal de Estrasburgo ha evolucionado paulatinamente en los años, en la dirección de un mayor reconocimiento de las garantías del derecho a la identidad sexual.

La mayoría de las quejas presentadas ante el TEDH tienen que ver con la supuesta violación del derecho al respeto de la vida privada *ex art. 8 CEDH* en razón de la negativa del Estado demandado de modificar la identificación del sexo del solicitante en los registros civiles, para adecuarla a la verdadera identidad sexual de la persona transexual.

En algunas ocasiones, los demandantes alegaron también que la situación provocada por la negativa de las autoridades de adaptar el sexo registral a su identidad sexual ocasionaba asimismo la violación del art. 3 CEDH (prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes), y/o del art. 12 CEDH (derecho al matrimonio), porque, al no poder cambiar de sexo, la persona transexual no podía casarse con una persona del sexo opuesto (pues en los documentos oficiales los demandantes seguían identificándose con el sexo biológico, que terminaba por corresponder con el sexo del potencial futuro cónyuge).

Las afirmaciones de mayor interés para este trabajo han sido emitidas por el TEDH en ocasión, casi siempre, de la resolución de la supuesta violación del art. 8 CEDH, dado que las quejas relativas a los arts. 3 y 12 CEDH han sido desestimadas en muchas ocasiones².

Será interesante y de utilidad tener en cuenta la progresión llevada a cabo por la jurisdicción europea respecto de los contenidos del derecho al respeto de la vida privada en materia de protección de las

1 Piensen, entre otros, a la sentencia del TEDH relativa al caso Rumasa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007; o la aprobación de la ley italiana sobre uniones civiles para las parejas del mismo sexo después de la condena del TEDH en la sentencia de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari et al. C. Italia*. En doctrina, véanse, respectivamente, Á. G. CHUECA SANCHO, «La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ruiz Mateos*», *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II, n. 3, 1994, p. 553-570; G. VIGGIANI, «L'inerzia del legislatore e il caso Oliari e altri c. Italia», *Ragion pratica*, n. 46, 2016, p. 261-268.

2 Asimismo, respecto de la violación del art. 12 CEDH, el TEDH ha aplicado (hasta 2002) la misma doctrina relativa a los matrimonios entre personas del mismo sexo, que poco (o nada) tiene que ver con las problemáticas que nos ocupan en este artículo; sobre el particular, v. F. M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, «Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en F. J. Matia Portilla, A. Elvira Perales, A. Arroyo Gil (dirs.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de derecho*, n. Extra 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: El TEDH en su sesenta aniversario), pp. 1-39.

personas transexuales, así como la progresiva reducción del margen de apreciación nacional en asunto que conciernen al reconocimiento de la identidad sexual en los registros civiles³.

II. UNA PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: POCAS GARANTÍAS Y AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL.

El primer caso relevante (dado que en el supuesto decidido el 6 de noviembre de 1980, asunto *Van Oosterwijck c. Bélgica*⁴, en el que las autoridades belgas se negaban a modificar el sexo registral de un transexual, el TEDH no entró en el fondo de la cuestión porque el recurrente no había cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial nacional previa⁵), es el asunto *Rees c. Reino Unido*, resuelto con la sentencia de 17 de octubre de 1986⁶.

El demandante (el Sr. Rees), que nació con las características, físicas y biológicas, del sexo femenino y así fue inscrito en el Registro de nacimientos, desde su infancia se reconoció en el sexo masculino y se sometió a varios tratamientos médicos y quirúrgicos que progresivamente modificaron sus características femeninas a masculina. El Sr. Rees cambió su nombre, pero se le denegó la autorización a la modificación de la mención del sexo en la inscripción de su nacimiento. De este modo, el estatuto jurídico que le aplicaba el Derecho de su país no estaba de acuerdo con su condición sexual real, provocando la violación de sus derechos *ex* artículos 3, 8 y 12 del Convenio. En particular, el Sr. Rees denunció la violación del artículo 8 del Convenio, al quejarse de los obstáculos que se pusieron a su integración en la sociedad reconociéndosele su condición masculina y, sobre todo, que en el certificado de nacimiento siguiera apareciendo como persona de sexo femenino. Respecto de la violación del artículo 12, el demandante alegó la imposibilidad de casarse con una mujer.

En la interpretación del artículo 8 CEDH en las circunstancias del caso concreto, el Tribunal Europeo recordó que, según su reiterada jurisprudencia, la principal finalidad de ese precepto es proteger a las personas contra las injerencias injustificadas del Estado; no obstante, el mismo puede implicar también determinadas obligaciones positivas para que se respete la vida privada de los ciudadanos, que quedarán sujetas a cierto margen de apreciación del Estado. En el caso de Rees, había que determinar la posible existencia y el alcance de estas obligaciones “positivas”, puesto que la mera negativa de la modificación de la inscripción del nacimiento o de la expedición de certificados con contenido distinto del registral no supone una injerencia (§§ 35 y ss.).

El TEDH hizo referencia a que, analizando el Derecho comparado, no existían todavía unos criterios comunes y uniforme en esta materia; por lo tanto, en principio, los Estados mantenían un amplio margen de apreciación sobre la misma (§ 37).

3 Algunas de las reflexiones y parte de la crónica de jurisprudencia del TEDH presentes en este trabajo han sido publicadas en la *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 63 (S. ROMBOLI, «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, pp. 231-249), aceptado en su versión definitiva en septiembre de 2021.

4 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%227654/76%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-62107%22%5D%7D>.

5 Pese a ello, el voto particular del Juez Ganshof Van Der Meersch menciona algunos elementos que merece la pena evidenciar, pues testimonian la (poca) importancia que tenía, en aquella época, la exigencia de las personas transexuales de ver reconocida su identidad sexual a nivel administrativo. En efecto, el juez afirmó que “la acción de rectificación de un documento de estado civil se beneficia de un procedimiento rápido debido a los intereses relativamente mínimos involucrados” (17) y que “[e]l estado de las personas no está disponible. Es de orden público. No imaginamos que pueda ser objeto de un trámite de simple solicitud, sin requerir siquiera un carácter contradictorio, como es el caso de la acción de rectificación del documento de estado civil. [...] El individuo [...] no puede disponer de ella ni modificarla” (19).

6 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%229532/81%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165098%22%5D%7D>

Habría sido, por lo tanto, necesario, para determinar la existencia de una obligación positiva del Estado miembro, buscar un equilibrio entre el interés general y el individual.

El Tribunal llegó a la conclusión de que no se podía exigir al Reino Unido que siguiera el ejemplo de otros Estados miembros que ya habían regulado la condición de las personas transexuales. Los gobernantes británicos, como se acaba de mencionar en términos generales, tenían un amplio margen de apreciación que les permitía determinar las medidas que debían tomarse teniendo en cuenta la situación interna a su país (§ 42 a).

Era legítimo, pues, que el Reino Unido considerara que el cambio registral de sexo del Sr. Rees pudiera provocar resultados perjudiciales para el interés público en las cuestiones de hecho que se suscitaban posteriormente, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de familia y del de Sucesiones, o para el régimen matrimonial, el desempeño de algunos puestos de trabajo y para la jubilación (§§ 42-43).

Todo ello en consideración, recordó una vez más el TEDH, también, del amplio margen discrecional que se reconoce en esta materia a los Estados y de la necesidad de proteger los intereses ajenos para conseguir el equilibrio al que antes se ha aludido. Por tanto, dado que las obligaciones positivas que resultan del artículo 8 CEDH no pueden llegar hasta este extremo, el Reino Unido no violó el artículo 8 CEDH (§§ 44 y 46)⁷.

El Tribunal añadió algo interesante para las finalidades de este trabajo: *“hay que dejar, por el momento, al correspondiente Estado la determinación de hasta qué punto puede tener en cuenta las restantes pretensiones de los transexuales. Sin embargo, el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas y la angustia que sufren. El Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento [...] Por consiguiente, la necesidad de medidas legales adecuadas debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social”* (§ 47).

De este modo, la Corte de Estrasburgo dejó abierta la posibilidad de que, si con el tiempo hubieran cambiado las circunstancias, se hubiera podido restringir el margen de apreciación estatal en este ámbito o que, cuando menos, la ponderación entre el interés estatal y el del particular pueda llevar a una conclusión diferente, más favorable para la persona transexual y más atenta a la que el mismo Tribunal Europeo denomina una condición grave, problemática y angustiosa.

En esta línea, los jueces Bindschedler-Robert, Russo y Gersing, en su voto particular disidente, ponderaron de una manera distinta respecto de la mayoría del Tribunal los intereses contrapuestos, demostrándose, ya en aquellos tiempos, mucho más respetuosos de los derechos de las personas transexuales y reduciendo considerablemente la importancia que pudiera tener, respecto del interés nacional, el cambio de sexo del Sr. Rees en el Registro de nacimientos. De las declaraciones de los jueces disidentes se deduce perfectamente que la falta de la anotación del cambio de sexo en los registros administrativos provocaba un sufrimiento y una afectación de su derecho a la vida privada que no podían considerarse proporcionados con la protección del interés nacional.

Finalmente, en relación con la violación del art. 12 CEDH, el Tribunal contestó con firmeza que ese artículo se refería (y, en 2022, esta afirmación no ha cambiado) al matrimonio “tradicional” entre dos personas de sexo biológico distinto, siendo la finalidad principal proteger el matrimonio como fundamento de la familia (§ 49). Asimismo, el art. 12 CEDH, al establecer que el ejercicio de este derecho estará sometido a las leyes del Estado de que se trate, reconoce la posibilidad que los Estados miembros impongan determinados requisitos para el acceso al matrimonio, entre los cuales puede encontrarse la diferencia de sexo de los futuros cónyuges, como prescrito por las leyes británicas (§ 50)⁸.

7 Vid. también, S. SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review*, Vol. 29, n. 4, 2014, (pp. 831-868), p. 839.

8 Como es sabido, el TEDH volverá sobre la interpretación del derecho al matrimonio *ex* art. 12 CEDH en relación con el requisito del sexo de los dos cónyuges en la famosa Sentencia de 24 de junio de 2010, sobre el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*. En doctrina, sobre el particular, vid.: A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», *Studium Iuris*, núm 10, 2018, 1155-1164, pp. 1161 y ss.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», disponible en https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea, 2012, pp. 1-18; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas

Después de solo tres años, el 9 de noviembre de 1989 la Comisión resolvió el asunto *Eriksson & Goldschmidt c. Suecia*⁹. Se trata de un caso algo “curioso”, pues la Sra. Eriksson, transexual nacida con sexo biológico masculino pero que voluntariamente, después de un camino documentado por médicos y terapeutas, cambió su sexo “legal” al femenino (aunque nunca se hubiera sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación del sexo), quiso casarse con una mujer, la Sra. Goldschmidt. La autorización fue denegada, al no estar permitido en Suecia, en aquel entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Las demandantes, no obstante, consideraron violado su derecho ex art. 12 CEDH, al tener las dos un sexo biológico distinto.

En efecto, como ya se mencionó en el análisis de la STEDH *Rees*, el TEDH afirmó que el matrimonio protegido por el Convenio es el que se celebre entre dos personas de sexo “biológico” distinto¹⁰. La Comisión EDH, al evaluar el caso, declaró que las dos recurrentes tenían legalmente el mismo sexo, por elección libre de la Sra. Eriksson, y que el art. 12 CEDH solo ampara el derecho a contraer matrimonio con alguien del sexo opuesto, incluso cuando, como en el presente caso, la pareja no es biológicamente del mismo sexo, pero una de los dos miembros de ella ha obtenido el mismo sexo del otro a través de un acto voluntario reconocido bajo ley nacional¹¹.

En 1990 la Comisión y el TEDH se enfrentaron a un caso sustancialmente idéntico al resuelto en la sentencia *Rees*, en el que la demandante pidió que el Tribunal Europeo se apartara de su anterior jurisprudencia y que volviera a considerar su interpretación respecto de la aplicación de los arts. 8 y 12 del Convenio a las personas transexuales.

En la decisión de 27 de septiembre de 1990, asunto *Cossey c. Reino Unido*¹², sin embargo, pese a que el TEDH recordara (§ 35) que, efectivamente, no está limitado por sus anteriores decisiones (como reconoce el artículo 51.1 de su Reglamento) dado que el Convenio, como es notorio, constituye un instrumento “viviente”, que tiene que interpretarse de manera evolutiva para adaptarlo a las nuevas necesidades de la sociedad y a las nuevas exigencias de protección de los derechos, resolvió el caso aplicando la misma doctrina sentada en la decisión *Rees* de 1986.

Como era de esperar, los jueces Bindschedler-Robert y Russo también reiteraron sus precedentes consideraciones, ya expresadas en el voto particular al caso *Rees*: la Corte de Estrasburgo, con esta decisión, siguió sin tomar en cuenta adecuadamente las modificaciones producidas en la identidad sexual de las personas transexuales. Por tanto, el Estado demandado no respetó el derecho a la vida privada de la

homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de Derecho*, 38 (1), 2020, pp. 1-39.

9 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-1138%22%5D%7D>.

Vid. A. LORENZETTI, «Los derechos fundamentales de las personas LGBTI desde la perspectiva comparada: Italia, Francia, Alemania», en F. Javier Matia Portilla, A. Elvira Perales, y A. Arroyo Gil (dirs.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 195-234.

10 Esto cambiará con la Sentencia *Schalk y Kopf* de 2010, citada antes, en la que el TEDH afirmará que, si bien el Convenio no obliga a los Estados a reconocer el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, tampoco lo prohíbe. Vid. A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», op. cit.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», op. cit.; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», op. cit.

11 Esta decisión demuestra que los sistemas jurídicos pueden encontrar los remedios necesarios para evitar los eventuales abusos en los procedimientos de cambios registrales del sexo, en respuesta a muchas de las críticas que determinados sectores han dirigido a los contenidos de la denominada “Ley trans” española; entre otros, vid. S. LÉON, «Las 7 razones por las que las feministas consideran que la ley Trans es una “aberración”», *Libertad Digital*, 29 de junio de 2021, disponible en <https://www.libertaddigital.com/espana/2021-06-29/las-7-razones-por-las-que-las-feministas-consideran-que-la-ley-trans-es-una-aberracion-6795534/>; L. MEYER, «Cinco claves para entender la polémica de la ley trans», *Ethic*, 10 de febrero de 2021, disponible en <https://ethic.es/2021/02/cinco-claves-para-entender-la-polemica-de-la-ley-trans/>; S. HEREDIA, «Y el deporte, ¿cómo metabolizaría la ‘ley trans’?», *La Vanguardia*, 14 de febrero de 2021, disponible en <https://www.lavanguardia.com/deportes/otros-deportes/20210214/6240352/ley-trans-coe-alejandro-blanco-testosterona-alba-palacios.html>; I. TRUJILLO, «¿El fin del juego limpio?: Estas son las consecuencias de la “ley trans” para el deporte femenino», *La Razón*, 30 de junio de 2021, disponible en <https://www.larazon.es/deportes/20210630/6fumw6bb3rccjbe7ozy4waktie.html>.

12 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57641%22%5D%7D>.

demandante, pudiéndose encontrar un “*equilibrio justo entre el interés público y el individual*”.

También los jueces Macdonald y Spielmann emitieron un voto particular disidente muy interesante: declararon que en esos tres años desde la sentencia *Rees* hasta el caso de autos, el “*Derecho de «muchos» de los Estados miembros del Consejo de Europa ha «evolucionado claramente»*” en la dirección de una mayor protección de los derechos de las personas transexuales. Por esta razón, en consideración también de las mismas afirmaciones de la mayoría del Tribunal sobre este aspecto (mencionadas antes), los jueces disidentes opinaron que “*si en el caso Rees el principio del «amplio margen de apreciación» de los Estados era ciertamente aceptable, no sucede lo mismo en la actualidad*”, provocando la vulneración del art. 8 CEDH y la necesidad de que se tomen “*medidas concretas desde ahora*”¹³.

El juez Martens emitió un voto particular especialmente renovador y avanzado para esos tiempos, detallando con rigor la situación de sufrimiento que viven los transexuales al no poder ver reconocida por la sociedad y sobre todo por la legislación su identidad sexual. No sería suficiente, en efecto, para que la persona transexual pueda disfrutar plenamente de sus derechos, el cambio de sexo desde el punto de vista exterior (vestimentas y comportamientos, tratamientos hormonales, operaciones quirúrgicas), si este no se ve acompañado con una efectiva modificación del sexo registral. Esta incongruencia provocaría la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de estas personas, sin que este trato responda a una exigencia de orden o interés público que justifique tal injerencia en sus derechos fundamentales.

El juez disidente citó también la legislación y jurisprudencia de otros países, para fundamentar la evolución de las sociedades que componen el Consejo de Europa respecto de la situación del colectivo transexual.

Asimismo, proporcionó una interpretación del margen de apreciación nacional que es la que defenderé a lo largo de este trabajo y que se analizará con más detenimiento en la parte final de este mismo: si es verdad que el TEDH tiene que reconocer a los Estados, en determinadas circunstancias, algún margen de apreciación, no puede olvidarse que el Tribunal tiene que comprobar si los Estados han respetado los derechos reconocidos por el Convenio y crear y desarrollar normas comunes para que se garantice que el CEDH siga siendo un instrumento vivo cuya interpretación refleje la evolución de la sociedad y responda a las condiciones y necesidades actuales. El Tribunal, invocando el amplio margen de apreciación de los Estados en un “*ámbito tan fundamental como el del respeto de la dignidad humana y de la vida privada [...] ha desaprovechado la posibilidad que tenía como último recurso de los oprimidos*” (§ 3.6.4)¹⁴.

13 Llega a estas mismas conclusiones, aunque con explicaciones parcialmente distintas, el voto particular disidente y conjunto de los Jueces Palm, Foighel y Pekkanen.

14 En una segunda parte de su voto particular, el Juez Martens expone sus avanzadas y garantistas ideas respecto de la interpretación del art. 12 CEDH (derecho al matrimonio) en relación con la condición de las personas transexuales. Aunque de gran importancia, esta cuestión no se analizará en el detalle en esta sede por constituir un tema diferente del que pretende ocuparse este ensayo, a saber, el derecho del colectivo trans a ver reconocido legalmente su identidad sexual y la construcción de estándares mínimos en este ámbito en el entorno europeo. Sobre el tema del derecho al matrimonio de las personas transexuales puede verse, entre otros, A. LORENZETTI, «The European Courts and Transsexuals. The Binary Distinction and the Pattern of Family», en M. González Pascual y A. Torres Pérez (coords.), *The Right to Family Life in the European Union*, Routledge, Nueva York, pp. 85-98.

III. UN PEQUEÑO PASO ADELANTE EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES, ENTRE MUCHAS CONFIRMACIONES DE LOS CONSOLIDADOS PREJUICIOS HACIA EL COLECTIVO TRANS.

La sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992, asunto *B. c. France*¹⁵, “supuso un punto de inflexión para el TEDH respecto a la temática transexual y el reconocimiento de los derechos de este colectivo”¹⁶, en particular respecto de la problemática analizada en este trabajo.

En el caso ahora en examen, en efecto, el Tribunal Europeo redujo el margen de apreciación de los Estados en la valoración de si el reconocimiento de un cambio de sexo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico interno, y condenó a Francia por violación del art. 8 CEDH por el hecho de no haber permitido a la Sra. B., transexual nacida con sexo biológico masculino, el cambio registral de su identidad sexual al sexo femenino.

El Tribunal, aunque coincidiera en que las mentalidades sobre el tema de la transexualidad habían evolucionado, siguió afirmando que no existía en aquel momento un consenso suficientemente amplio entre los Estados miembros del Consejo de Europa para llevar al Tribunal a modificar su jurisprudencia sentada en las sentencias *Rees* y *Cossey* (§ 48).

No obstante, la normativa francesa difería de la inglesa en cuanto a la regulación de la modificación registral del sexo y habría permitido, sin la necesidad de una modificación legislativa y solo con un cambio en la jurisprudencia, aceptar la pretensión de la demandante. Asimismo, la negativa a conceder a la demandante el cambio de nombre deseado por ella no se fundó en un interés legítimo y, por tanto, también constituyó un elemento relevante en virtud del artículo 8 CEDH (§§ 56-58).

Lo más relevante de esta decisión, sin embargo, se refiere a la parte en la que puede notarse un significativo cambio de “sensibilidad” en el Tribunal Europeo respecto de la condición de sufrimiento y humillación que padecen las personas trans que no obtienen el reconocimiento legal de su identidad sexual. El TEDH, junto con la Comisión EDH, reconoció que la demandante encontraba dificultades diarias en su vida económica, además de sufrimientos constantes por la frecuente necesidad de revelar a terceros información relativa a su vida privada, que provocaban “*perturbaciones demasiado graves para que el respeto de los derechos ajenos los justifique*” (§§ 59-60), y que, por tanto, alcanzaban “*un grado de gravedad suficiente para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 8 CEDH*” (§ 63).

El caso posterior, resuelto por el TEDH el 22 de abril de 1997, asunto *X., Y. y Z. c. Reino Unido*¹⁷, no concierne directamente a un asunto sobre el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales, pero es oportuno mencionar algunas consideraciones de la Corte de Estrasburgo para dejar constancia de la opinión prevalente sobre la condición de las personas transexuales en aquellos años, que demuestran lo poco consolidado que fue el primer avance obtenido con la sentencia de 1992 ahora analizada.

X., un transexual que nació con el sexo biológico femenino, vivía en una unión estable con Y., una mujer, que dio a luz a Z., nacida como resultado de una inseminación artificial realizada por un donante externo a la pareja X. e Y.

*El TEDH concluyó que la circunstancia de que la legislación nacional no reconociera legalmente a X. como padre de la misma, no comportaba una violación del art. 8 CEDH*¹⁸. En particular, sorprende especialmente que el Tribunal Europeo haya decidido proporcionar una interpretación del interés superior del menor especialmente discriminatoria respecto de las personas transexuales. En efecto, en opinión del TEDH, no resultaba evidente que el reconocimiento legal de X., transexual, como padre de Z. fuera una situación favorable para la niña u otros menores en las mismas condiciones. Por tanto, fue legítimo considerar que estuviera dentro del interés de la sociedad preservar la coherencia de un conjunto de normas del Derecho de familia y que el Reino Unido mostrara “cierta cautela” en reformar su legislación en un sentido

15 <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57770%22%5D%7D>.

16 X. PALAU ALTARRIBA, *Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad* (tesis doctoral, Universidad de Lleida, Departamento de Derecho Privado), 2016, parágrafo 4.7.2, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386390/Txpa1de1.pdf.txt?sessionid=ECCB9510C439E4C173A2A2971BE461B0?sequence=3>.

17 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-58032%22%5D%7D>.

18 La Comisión había reconocido, por trece votos a favor y cinco en contra, que hubo violación del art. 8 CEDH.

favorable a las pretensiones de las respectivas parejas de los progenitores naturales de los menores, en particular cuando sea un transexual quien pudiera convertirse en “padre” desde el punto de vista legal (§ 47)¹⁹. Estas afirmaciones demuestran que el TEDH seguía manteniendo (y en la actualidad, a veces, sigue haciéndolo) una visión muy clásica y arcaica de las relaciones paterno-filiales, anclada al concepto de familia tradicional, que en muchas ocasiones puede entrar en conflicto con la efectiva protección de las personas que forman parte de los distintos y concretos núcleos familiares, incluidos los menores.

Posteriormente encontramos el caso de Sheffield y Horsham, demandantes en el asunto Sheffield & Horsham v. The United Kingdom, resuelto el 30 de julio de 1998²⁰, dos mujeres transexuales inglesas que, nacidas con el sexo biológico masculino, se sometieron a operaciones totales de rectificación del sexo. Pudieron cambiar su nombre y sexo en la mayoría de los documentos, pero no (como en los casos Rees y Cossey) en su partida de nacimiento, dado que la ley inglesa aún no lo permitía.

Aplicando su anterior jurisprudencia (pero olvidándose completamente de la sentencia sobre el caso B. c. France de 1992), el Tribunal Europeo estableció que la legislación del Reino Unido no infringía el Convenio. El Tribunal no encontró razones suficientes, ni respecto de los avances de la ciencia médica sobre el transexualismo, ni respecto de la evolución de las legislaciones de los Estados miembros, para separarse de la jurisprudencia establecida en los asuntos anteriormente citados y reducir el margen de apreciación del Estado demandado (§§ 55-58).

Una última afirmación del TEDH merece la pena de ser citada, para demostrar la escasa consideración que a finales de los años '90 todavía tenían las reivindicaciones de las personas trans: “el Tribunal no está convencido de que los inconvenientes sufridos por las recurrentes por verse obligadas a divulgar su antiguo sexo en ciertos casos tengan entidad suficiente para que quepa considerar que se excede el margen de apreciación de que dispone el Estado en esta materia. [...] [D]ebe reconocerse que a veces puede haber buenas razones para invitar a una persona a proporcionar pruebas de su género o historial médico. [...] [L]as situaciones en las que las demandantes pueden tener que revelar su sexo anterior no ocurren con tanta frecuencia como para que se considere que constituyen una injerencia desproporcionada en los derechos de estas al respeto de su vida privada” (§ 59).

En la ponderación entre el interés de la sociedad a la seguridad jurídica en ámbito registral y los derechos de las personas transexuales, seguía prevaleciendo el primero. La Corte Europea, con estas afirmaciones, continuó defendiendo una visión según la cual el sufrimiento, la vergüenza y la angustia padecidas por las personas transexuales que no obtienen un completo reconocimiento legal de su nueva identidad sexual constituyen unos inconvenientes menores y de poca importancia. Al fin y al cabo, afirma el mismo TEDH, “el Estado demandado se ha esforzado, en cierta medida, por minimizar los riesgos para los transexuales de que se les hagan preguntas vergonzosas sobre su sexo” (§ 59), como si esto fuera más que suficiente.

Con la decisión, como era de esperar, se han emitido varios votos disidentes que solicitaron una revisión de la doctrina del Tribunal sobre el particular, evidentemente poco garantista de los derechos e intereses de las personas trans.

19 En la jurisprudencia del TEDH existe otro caso relativo a las relaciones paterno-filiales de una persona transexual con un menor (en este segundo caso, hijo natural de la persona transexual, concebido antes de la decisión de cambiar de sexo). Se trata de la famosa sentencia de 30 de noviembre de 2010, asunto P.V. c. España, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-101943%22>. En ella, el TEDH demostrará una actitud mucho más abierta respecto de las relaciones entre progenitores transexuales y menores. Sin embargo, por no aportar elementos innovadores útiles para esta investigación, la decisión no será aquí analizada. Puede consultarse, a este propósito: M. MARTÍN SÁNCHEZ, «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2014, 24, pp. 195-219; S. ROMBOLI, «Protección del interés superior del menor y derechos de los progenitores transexuales: dos piezas que encajar (y ponderar)», en T. Duplá (dir.), *Nuevos Retos del Derecho de Familia en una sociedad inclusiva y global*, Tirant Lo Blanch, 2022 (en prensa), pp. 1-31.

20 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58212%22>.

IV. UNA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DESTINADA A SER CONSOLIDADA: LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002, ASUNTO *CHRISTINE GOODWIN C. REINO UNIDO*, Y LAS DEMÁS DECISIONES DE LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI.

A principios del siglo XXI llegó el momento tan esperado en el que el Tribunal Europeo modificó su anterior jurisprudencia en la dirección de una real protección de los derechos de las personas transexuales, incorporando finalmente algunas de las peticiones manifestadas por la sociedad (y por los mismos Jueces disidentes, cuyos votos particulares se han analizado en las páginas anteriores) en la famosa sentencia de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido*²¹.

Christine Goodwin, de nacionalidad británica, es una transexual que se sometió a una operación de cambio de sexo del masculino al femenino. La Sra. Goodwin presentó una demanda ante el TEDH por violación de sus derechos ex arts. 8, 12, 13 y 14 del CEDH porque en el Reino Unido la legislación no le permitía modificar su identidad sexual a los efectos de las cotizaciones de la Seguridad Social: puesto que continuaba siendo un hombre a efectos legales, tuvo que seguir abonando sus cotizaciones hasta los sesenta y cinco años (cuando, para las mujeres, la edad estaba fijada en los sesenta años).

Aunque se tratara de un asunto relativo a las cotizaciones por jubilación, los problemas de la Sra. Goodwin recuerdan de cerca aquellos de los casos antes analizados: en un Estado miembro del Consejo de Europa la legislación interna no permitía una modificación completa de los datos relativos a la identidad sexual de las personas transexuales y esto provocaba que estas personas no pudieran acceder a los mismos derechos o servicios que los demás ciudadanos, además de crear una situación de sufrimiento y humillación.

Esta vez, pese a las similitudes con los otros casos, el Tribunal Europeo consideró que había llegado el momento de un *overruling* en la materia. Que un Estado no reconozca en el plano jurídico el cambio de sexo quirúrgico²², en efecto, repercute en la vida de las personas transexuales, ya que el sexo reviste una importancia jurídica, por ejemplo, para las pensiones, la edad de jubilación, etc. Esto, en opinión del Tribunal, puede producir un grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que les provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (§§ 76-77)²³.

Aunque no se hubiera producido ningún descubrimiento novedoso con respecto a las causas de la transexualidad, el TEDH constató que, a nivel internacional, de un lado, se había reconocido ampliamente que la transexualidad constituía una situación médica que justifica un tratamiento y, de otro, que no podía negarse una tendencia continuada, no solamente hacia una aceptación social mayor de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados (§§ 81-85). En particular, en el apartado 82 el TEDH afirmó que “*dados los muchos procedimientos dolorosos que conlleva dicha cirugía y el grado de determinación y convicción que se requiere para cambiar de rol sexual en la sociedad,*

32

21 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2228957/95%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-65153%22%5D%7D>.

El mismo año, en el caso *I. contra Reino Unido*, cerrado con sentencia de 11 de julio de 2002, el TEDH resolvió un asunto similar al de la Sra. Goodwin, con las mismas conclusiones por parte del Tribunal, v. <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20I.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-60595%22%5D%7D>.

22 Este dato es importante, porque se trataba de una persona transexual que se había sometido a una operación de reasignación del sexo. Deberá pasar mucho más tiempo para que se empezara a reconocer el derecho a la identidad sexual también de aquellas personas que no quisieran someterse a tratamiento hormonales o quirúrgicos para adecuar el sexo psicológico al sexo biológico.

23 Vid. J. VIIJANEN «The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 62/63, 2008, pp. 249-265; el autor, respecto de estos epígrafes de la sentencia, evidencia también como el TEDH haga hincapié, a través de esta sentencia, en su papel no solo a nivel regional sino a nivel universal, enfatizando un enfoque evolutivo para la interpretación de los derechos humanos. En efecto, el Tribunal afirmará que “*Es de crucial importancia que el Convenio sea interpretado y aplicado de manera que sus derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios. El hecho de que la Corte no mantenga un enfoque dinámico y evolutivo correría el riesgo de convertirlo en un obstáculo para la reforma o la mejora*”.

no se puede creer que haya algo arbitrario o irreflexivo en la decisión de una persona de someterse a una reasignación de género”, reconociendo valor a esta decisión tan íntima y personal.

El Tribunal, por primera vez, conectó la situación de las personas transexuales con la necesidad de proteger la dignidad y la libertad de los individuos, en cuanto “*esencia misma del Convenio*”, y, en particular, que el art. 8 CEDH incluye la noción de autonomía personal y protege la esfera personal de cada individuo, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano. El TEDH añadió que, en el siglo XXI, ya no puede estimarse que la capacidad de los transexuales para disfrutar plenamente de sus derechos pueda considerarse un tema controvertido que requiera tiempo para hacerse realidad²⁴; entre estos, se menciona específicamente el derecho al libre desarrollo personal y a la integridad física y moral (§ 90).

La identidad sexual, por tanto, está protegida por el derecho a la vida privada *ex art. 8 CEDH*. Este derecho, como es habitual, tendrá que ponderarse con otros intereses, que la Corte de Estrasburgo afirmó que no tenían que ser subestimados u olvidados, entre los cuales el orden e interés público y la seguridad jurídica en ámbitos como el acceso a los registros, el Derecho de familia, la filiación, la sucesión, la seguridad social o los seguros. Sin embargo, estos problemas “*no son [...] insuperables*”. Y añadió que “[*d*]e hecho, no se ha demostrado que un cambio en la condición de transexuales pueda causar dificultades o perjuicios concretos o significativos para el interés público. En cuanto a las demás posibles consecuencias, la Corte considera que es razonable esperar que la sociedad acepte ciertos inconvenientes para que las personas puedan vivir con dignidad y respeto, de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos a costa de grandes sufrimientos” (§ 91).

Asimismo, el Reino Unido, que ya había sido demandado en muchas ocasiones por cuestiones similares, no había adecuado su legislación a las exigencias del colectivo trans en consideración de la evolución de la ciencia y de la sociedad sobre este tema. Por esta razón, el Estado demandado ya no podía invocar su margen de apreciación en la materia, excepto en lo concerniente a los medios que deben aplicarse para asegurar el reconocimiento del derecho protegido por el Convenio (§§ 92-93).

El TEDH, por vez primera, modificó entonces su anterior ponderación entre el interés público y el interés de la demandante transexual a conseguir el reconocimiento legal de su reasignación de género, reconociendo prevalencia a los derechos e intereses de la Sra. Goodwin y afirmando que el Reino Unido violó el art. 8 CEDH²⁵.

El margen de apreciación nacional y la protección del interés nacional cedieron, por tanto, ante la necesidad de proteger la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales, en consideración de la evolución de la conciencia social y de los conocimientos médicos y psicológicos relativos a la transexualidad²⁶.

También en el caso *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003²⁷, relativo esta vez a la denegación del reembolso de intervención de reasignación de sexo contra una compañía de seguros de salud privada, el Tribunal reiteró y así consolidó las afirmaciones contenidas en las sentencias de 2002. En particular, sin que interese ahora entrar en el fondo de la cuestión, sino, antes bien, examinar la evolución de la jurisprudencia del TEDH respecto de la protección del colectivo trans, el Tribunal declaró que la identidad de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona y que, por tanto, parece desproporcionado

24 El TEDH aludió a que “la insatisfactoria situación de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen realmente a uno u otro sexo, no puede durar más”, § 90.

25 Posteriormente, en los apartados 97-104, el TEDH analiza también la violación del derecho al matrimonio *ex art. 12 CEDH*. En este ámbito también el Tribunal cumple un avance fundamental, afirmando que no se encuentra razón alguna que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio, concluyendo que el Reino Unido infringió también el artículo 12 CEDH. No hubo, sin embargo, violación de los arts. 13 y 14 CEDH.

26 En la sentencia sobre el asunto *Grant c. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%7B%22document%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-75454%22%7D%7D>), el Tribunal aplicó la doctrina sentada en el caso Christine Goodwin de 2002, al constatar que la Sra. Grant se encontraba en una situación idéntica a la de la Sra. Goodwin.

27 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22%22AFFAIRE%20VAN%20KUCK%20c.%20ALLEMAGNE%22%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-65699%22%7D%7D>.

exigir a una persona en tal situación que demuestre la necesidad médica del tratamiento, incluso si se trata de una cirugía irreversible (§ 56).

Al valorar la violación del art. 8 CEDH, el TEDH recordó, mencionando su abundante doctrina, que el concepto de “vida privada” es amplio y no susceptible de una definición exhaustiva. Entre sus contenidos encontramos, por ejemplo, la integridad física y moral de la persona, aspectos de la identidad física y social de un individuo, la identificación de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual, además de proteger el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.²⁸ Si bien, sigue el Tribunal, “no se ha establecido en ningún caso anterior que el artículo 8 de la Convención incluya el derecho a la autodeterminación como tal, la Corte considera que el concepto de autonomía personal refleja un principio importante en el que se tiende a interpretar las garantías del artículo 8”, y que, “siendo la dignidad y la libertad humanas la esencia misma de la Convención, el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de las personas transexuales está garantizado” (§ 69).

En el análisis de la aplicación de estos principios generales al caso concreto, el Tribunal de Estrasburgo constató que los hechos denunciados repercutieron en el derecho a la identidad sexual y al desarrollo personal de la Sra. Van Kück, aspecto fundamental de su derecho al respeto de su vida privada (§ 75). A continuación, el TEDH, esta vez sí, recordó cuanto ya afirmado en el caso *B. c. Francia*, a saber, que la determinación mostrada por los interesados a los tratamientos quirúrgicos de reasignación del sexo constituye un elemento suficientemente importante para ser tomado en cuenta, junto con otros, en el contexto del artículo 8 CEDH (§ 77). Finalmente, el Tribunal declaró que fue desproporcionado exigir a una persona que demostrara la naturaleza médicamente necesaria del tratamiento de reconversión del sexo, dado que está en juego uno de los aspectos más íntimos de su vida privada (§ 82).

El Tribunal cumplió, como es evidente, unos pasos enormes en la dirección del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, aunque, por ahora, solo de aquellos que se hubieran sometido a intervenciones quirúrgicas para adecuar el sexo biológico a su identidad sexual.

Los dos casos posteriores se refieren a situaciones muy diferentes respecto de las analizadas hasta ahora. En *Parry c. Reino Unido*, de 28 de noviembre de 2006²⁹, y *R. y F. c. Reino Unido*, de 28 de noviembre de 2006³⁰, el TEDH confirmó que la conversión automática de un matrimonio en una unión registrada como condición previa al reconocimiento legal de la modificación del sexo registral de uno de los dos cónyuges (dado que dicha modificación había transformado estos mismos en una pareja del mismo sexo) no violó el CEDH. Esto porque, pese a que los demandantes debían divorciarse de acuerdo con la ley inglesa, podían continuar su relación a través de una unión civil registrada que garantizaba unos derechos y obligaciones que, si bien no eran del todo idénticos a los del matrimonio, sí eran similares³¹. Así, la Corte de Estrasburgo declaró inadmisibles las demandas, afirmando que el Estado no había dejado de otorgar el reconocimiento legal a la reasignación de género porque los demandantes podían continuar su relación a través de una unión civil. No se reconoció ninguna violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar (por no haberse demostrado que los efectos del ordenamiento inglés sean desproporcionados o que no se haya alcanzado el justo equilibrio entre los intereses en conflicto en el presente caso), ni del derecho al matrimonio (que, en el Reino Unido, se permitía sólo entre personas de sexo legal opuesto), pues la determinación de estas reglas se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados miembros.

El asunto *L. c. Lituania*, resuelto con sentencia de 11 de septiembre de 2007³², es un caso que tuvo

28 Sobre esa capacidad expansiva del art. 8 CEDH, véase Á. J. GÓMEZ MONTORO, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», en F. Rubio Llorente, J. Jiménez Campo, J. J. Solozábal Echavarría, M. Paloma Biglino Campos y Á. J. Gómez Montoro (coords.), *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 617-650.

29 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%5D,%22document%22:%5B%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78666%22%5D%7D>.

30 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%5D,%22document%22:%5B%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78450%22%5D%7D>.

31 Vid. A. LORENZETTI, «The European Courts and Transsexuals. The Binary Distinction and the Pattern of Family», 2016, p. 6 (disponible en https://aisberg.unibg.it/retrieve/handle/10446/86784/157301/barcellona_bd_h_clean.pdf), utiliza la expresión según la cual la unión civil sociedad civil “garantizaba «casi todos» los derechos y obligaciones” que el matrimonio.

32 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-82243%22%5D%7D>.

que ver con la falta de un marco jurídico adecuado relativo a las condiciones para acceder a la cirugía de reasignación del sexo y a la modificación de la identificación de género en los documentos oficiales. En Lituania, pese a reconocerse el derecho a cambiar de sexo y de estado civil, existía una laguna en la legislación, al no haberse aprobado ningún texto que regulara las operaciones completas de reasignación de género.

Dicha laguna determinó una situación “de angustiosa incertidumbre” para el demandante en términos del desarrollo de su vida privada y en el reconocimiento de su verdadera identidad. Las restricciones presupuestarias en el sistema de salud pública, aducidas por el Gobierno para justificar su inactividad, no constituyeron un elemento suficiente, tanto que el TEDH concluyó que no se había logrado una justa ponderación entre el interés general y los derechos del demandante, provocando la violación del derecho *ex art. 8 CEDH* de este³³.

V. EL TEDH SIGUE INTENSIFICANDO LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO TRANSEXUAL.

5.1. La creciente importancia del respeto de la integridad física de la persona trans.

La sentencia de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*³⁴, resolvió la demanda de la Sra. *Hämäläinen*, transexual nacida con sexo biológico masculino, que se había sometido a una operación quirúrgica de reasignación del sexo. Con anterioridad al cambio de sexo, *Hämäläinen* se había casado con una mujer, con la que tuvo un hijo. Los Tribunales finlandeses negaron el pleno reconocimiento legal del nuevo sexo de la demandante hasta la modificación de su matrimonio en una pareja de hecho registrada. El TEDH, aunque considerara que los hechos planteaban problemas que podían tener un impacto en la vida familiar de la demandante y que el artículo 8 CEDH era de aplicación tanto en lo concerniente a la “vida privada”, como a la “vida familiar” (§§ 60-61), concluyó que dicha modificación del estado civil no vulneraba el Convenio (§ 86).

Merece la pena evidenciar que, en la parte de su decisión en la que el TEDH analizó si el caso se refería a una obligación positiva o una injerencia, el Tribunal hace referencia solo a uno de los “contenidos” del art. 8 CEDH que solía mencionar en sus resoluciones relativas a la condición de los transexuales, casi como si quisiera resaltar ese aspecto en concreto: “el artículo 8 impone a los Estados la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de su integridad física y moral” (§ 63). En efecto, este elemento se convertirá, en los últimos años, como se dirá, en uno de los más importantes para consolidar algunos de los estándares de protección del colectivo transexual, en particular, el relativo a la prohibición de imponer la realización de operaciones quirúrgicas de reasignación del sexo para permitir a los transexuales obtener el cambio de sexo en los registros civiles.

Como de costumbre, para resolver el caso, el Tribunal estudió las previsiones legales presentes en los países miembros del Consejo de Europa, para valorar el alcance del margen de apreciación nacional en este ámbito específico.

33 Posteriormente, en 2009, el TEDH tuvo que resolver otro caso relativo a la negativa de las aseguradoras de salud para el pago de los gastos de su operación de cambio de sexo, que el Tribunal resolvió a favor del sujeto demandante aplicando la doctrina sentada en 2002, 2003, 2007 e incluso citando la decisión *B. c. Francia* de 1992; se trata del caso *Schlumpf v. Suiza*, de 9 de enero de 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90476%22%5D%7D>. El Tribunal afirmó que el Estado tenía un “limitado” margen de apreciación (115), tratándose de un asunto relacionado con uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, cumpliendo un paso más en la dirección del acotamiento del margen de apreciación nacional en aras de una más efectiva protección de los derechos de los transexuales.

Dos años más tarde, el 6 de septiembre de 2011, el TEDH archivó la demanda sobre el asunto *P. v. Portugal*, pues los hechos que dieron lugar al recurso ya no persistían y se habían eliminado las consecuencias que pudieran derivarse de una posible violación del Convenio, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2256027/09%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-10640-2%22%5D%7D>.

34 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145768%22%5D%7D>.

Critican la decisión del TEDH M. ALDAO Y L. CLÉRICO, «La igualdad “des-enmarcada”: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VIII, n. 13, 2014, (pp. 6-30), p. 25.

Asimismo, aclaró con afirmaciones muy precisas las “modalidades” de aplicación del criterio del margen de apreciación nacional, en particular respecto de las obligaciones positivas que derivan de la aplicación del artículo 8 CEDH. Para determinar el alcance del margen de apreciación estatal, deben tenerse en cuenta varios factores: en primer lugar, declaró el TEDH, si está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen que se deja al Estado es limitado; el margen de apreciación es más amplio, en segundo lugar, cuando no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre la mejor forma de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas; finalmente, ese margen también será generalmente amplio cuando el Estado debe lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados o entre varios derechos en conflicto protegidos por el Convenio (§ 67).

El caso de la Sra. Hämäläinen, declaró el TEDH, suscita delicadas cuestiones morales o éticas y se inserta en un momento histórico en el que todavía falta un consenso europeo sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo y de los efectos del cambio de sexo en las parejas heterosexuales ya casadas³⁵. Por tanto, el Tribunal consideró que al Estado demandado gozaba de un amplio margen de apreciación, tanto respecto de la decisión de legislar o no sobre el reconocimiento legal de los cambios de sexo resultantes de operaciones quirúrgicas como, en su caso, a las normas aprobadas para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y los intereses privados en conflicto. Además, el ordenamiento finlandés ofrecía a la demandante varias opciones para tutelar sus derechos e intereses, entre las cuales transformar su matrimonio en una unión civil registrada.

En consecuencia, Finlandia había establecido un marco legal diseñado para proteger los derechos de los transexuales y regular el reconocimiento legal de las reasignaciones de sexo. Por todo lo dicho, el TEDH concluyó que no hubo violación de dicho artículo del Convenio.

5.2. El control por parte del Tribunal Europeo de los requisitos para obtener el cambio registral del sexo y ampliación de la protección también a las personas transexuales no operadas.

El asunto *Y.Y. c. Turquía*, resuelto el 10 de marzo de 2015³⁶, constituye un caso emblemático porque el TEDH se pronunció sobre los requisitos de acceso para el cambio de sexo de las personas transexuales.

El demandante, transexual que nació con sexo femenino pero que empezó un tratamiento de conversión al sexo opuesto, quiso que se le autorizase a ser sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo, que, sin embargo, fue denegada por los tribunales. Las autoridades turcas alegaron que el solicitante no estaba permanentemente incapacitado para procrear (§ 44). El Sr. Y.Y. consiguió, después de varios años, la autorización. El Tribunal Europeo consideró que, al negar al demandante durante años la posibilidad de acceder a la operación de cambio de sexo, el Estado vulneró el derecho del interesado al respeto de su vida privada (§§ 121-122).

Algunas de las afirmaciones de la Corte de Estrasburgo contenidas en esta decisión son de especial relevancia para los fines de este trabajo.

Pero, antes, es conveniente apuntar a una característica de esta sentencia que se volverá a presentar también en las decisiones posteriores relativas a la protección de las personas transexuales (y no solo) y que tiene que ver con la técnica de elaboración de la decisión misma. Por primera vez, en tema de condición de las personas trans, el Tribunal de Estrasburgo incluye, en el apartado relativo al Derecho relevante o

35 Como puede notarse, se trata de una sentencia de 2014, emitida por tanto pocos años después de la sentencia sobre el caso *Schalk y Kopf*, que constituye la primera decisión en la que el TEDH empezó a reconocer los derechos de las parejas homosexuales y a equiparlos a aquellos de las parejas heterosexuales no casadas. Vid., entre otros, A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», op. cit.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», op. cit.; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», op. cit.

36 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153134%22%5D%7D>.

aplicable, una sección relativa a los “Textos europeos e internacionales” sobre protección del colectivo transexual, seguido por un análisis de “La legislación y la práctica vigentes en los Estados miembros del Consejo de Europa”, siempre sobre esta temática.

En ese apartado, el TEDH examinó los criterios establecidos en los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa que debía cumplir la persona trans para acceder al tratamiento de reasignación de género; estos podían estar establecidos por ley, por normativa reglamentaria, por recomendaciones o, en algunos casos, esta cuestión no estaba regulada y constituía más bien una cuestión de práctica médica.

Para obtener la reasignación de sexo, los Estados habían identificado criterios específicos, que iban desde el tratamiento hormonal previo a la operación quirúrgica de cambio de sexo, el test denominado de la “experiencia de vida real”³⁷, el diagnóstico por varios expertos u opinión psiquiátrica, psicoterapia durante un período específico, la adaptación social de la persona en cuestión o la expiración de un período de observación o un período de espera definido. En algunos Estados miembros, el tratamiento de reasignación de género era inexistente o inaccesible (como, por ejemplo, en Albania, Andorra y Armenia) (§§ 39-40). La autorización para acceder a las operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo recaía casi siempre en los médicos y, en otros casos, en las autoridades jurisdiccionales.

El Tribunal Europeo comprobó que, paulatinamente, estaba creciendo el número de Estados miembros en los que las personas transgénero ya no estaban obligadas a someterse a esterilización, cirugía o terapia hormonal de reasignación del sexo para obtener el reconocimiento legal del género que afirman, aunque siguieran (y siguen al día de hoy) siendo la mayoría los Estados que sí requerían una de esas condiciones (§§ 42-43).

El TEDH, al analizar los principios generales, recordó su anterior jurisprudencia sobre la materia y cerró el apartado afirmando que, respecto del equilibrio entre intereses contrapuestos, asumen especial importancia las cuestiones relativas a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, esto es, la identidad (*definición*, la denomina el TEDH) sexual de una persona. Asimismo, evidenció una vez más la continua mejora de las medidas adoptadas por los Estados en virtud del artículo 8 CEDH para proteger a las personas trans y reconocer su difícil situación (§ 60).

Al adentrarse, el Tribunal, en la aplicación de los principios generales al presente caso, quiso apuntar a un elemento fundamental del asunto concreto que tenía que ver con la novedad del objeto de su indagación. En efecto, hasta ese momento, el TEDH había resuelto casos que tenían que ver con la condición de personas transexuales que ya se habían sometido a operaciones quirúrgicas de cambio de sexo y que pretendían que las autoridades estatales reconocieran dicha modificación también en el plano jurídico.

YY., de su lado, planteó una demanda porque no había podido operarse, habiéndosele negado la autorización judicial necesaria para dicha cirugía porque no se encontraba definitivamente en la imposibilidad de procrear. Su caso, por tanto, se refiere a un aspecto de los problemas que pueden encontrar las personas transexuales sobre el que el TEDH no había tenido aún la oportunidad de pronunciarse, a saber, la cuestión de las condiciones previas para el proceso de cambio de género que pueden imponerse por los Estados miembros, y si esas condiciones respetan el artículo 8 CEDH (§§ 61-62).

A este respecto, el TEDH observó que, si bien el artículo 8 CEDH no garantiza un derecho incondicional a la cirugía de cambio de género, ya fue ampliamente reconocido a nivel internacional que la transexualidad es una condición médica que justifica ese tratamiento, destinado a ayudar a las personas interesadas. Los servicios de salud de la mayoría de los Estados miembros reconocían esta posibilidad y garantizaban o autorizaban el tratamiento, incluida la cirugía irreversible de reasignación de género (§ 65). Por tanto, que Turquía negara esa cirugía “*sin duda repercutió en el derecho de la persona a la identidad sexual y al desarrollo personal, aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada*” (§ 66), y constituyó una injerencia en el derecho del solicitante al respeto de su vida privada, *ex* artículo 8 CEDH.

No obstante, dicha injerencia habría podido ser considerada una violación de dicho artículo solo

37 Según ese “test”, el solicitante tiene que haber vivido como una persona del sexo reivindicado durante un período específico; en 2015, los Estados que pedían someterse a este “test” eran: Alemania, Bélgica solo para determinadas operaciones, España, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido y Suiza.

si se hubiera demostrada injustificada, esto es, si no hubiera sido necesaria para lograr un fin u objetivo legítimo vinculado a los enumerados en el art. 8.2 CEDH (§§ 67 y 76)³⁸.

Según el Gobierno demandado, los criterios previstos en la ley turca para la supervisión de las cirugías de reasignación de género (como por ejemplo comprobar la esterilidad permanente del sujeto en cuestión), perseguían la protección del interés general y tenían como objetivo evitar la banalización de estas intervenciones y su desvío por determinados círculos, en particular el de la prostitución, así como proteger los intereses de la persona en cuestión teniendo en cuenta los riesgos que una intervención de este tipo representaría para su integridad física y moral (§ 77).

El TEDH rechazó los primeros de los criterios ahora mencionados, reconociendo solo a la “protección de la salud” de los solicitantes el carácter de objetivo legítimo en el sentido del párrafo segundo del artículo 8 CEDH.

La mayoría de las afirmaciones siguientes del Tribunal de Estrasburgo merecerían ser aquí mencionadas, por su importancia para el tema tratado (por ejemplo, puede verse el § 102 y 115). No obstante, es suficiente aludir a que, además de reiterar muchas de las consideraciones ya expresadas con anterioridad respecto de la necesidad de proteger el colectivo trans y de la evolución en este sentido de la comunidad internacional, el TEDH hizo especial hincapié en la evolución de los requisitos necesarios para conseguir la modificación de la identidad sexual en los documentos oficiales. En particular, el Tribunal mencionó las recientes resoluciones y recomendaciones en ámbito supranacional y las modificaciones legislativas nacionales que ya iban en la dirección de abolir las obligaciones de someterse a esterilización u otros procedimientos médicos como cirugía de reasignación de género o terapia hormonal para la obtención del reconocimiento legal de la identidad sexual de las personas transexuales.

El TEDH notó una incongruencia importante en la aplicación de la legislación turca por parte de los tribunales nacionales, que pretendieron que el Sr. YY. demostrara su imposibilidad de procrear para autorizar la operación de reasignación del sexo, esto es, que fuera estéril *antes* de someterse a esa operación. El Gobierno turco afirmó que el demandante habría podido cumplir con ese requisito accediendo a otros procedimientos médicos para obtener la esterilización. A esto el Tribunal contestó de una forma muy tajante y verdaderamente garantista de los derechos de las personas transexuales, demostrando una renovada sensibilidad respecto de esta temática: “*el respeto debido a la integridad física del interesado evitaría que tenga que someterse a este tipo de trato*” (§ 119).

Finalmente, el TEDH cerró el caso declarando que la injerencia en los derechos del demandante, provocada por el requisito de la previa esterilización para obtener la autorización a someterse a una operación de reasignación del sexo, no es en absoluto necesaria en una sociedad democrática ni suficientemente fundamentada y que, por ello, Turquía violó el derecho al respeto de la vida privada del Sr. YY. *ex* artículo 8 CEDH³⁹.

5.3. Protección de la integridad física de las personas transexuales y restricción del margen de apreciación nacional en el caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 2017.

La decisión relativa al caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 6 de abril de 2017⁴⁰, consolidó un avance fundamental en la protección de los derechos de las personas transexuales, en particular en un aspecto

38 Además, recordó el TEDH, esa injerencia tiene que estar prevista en la ley nacional, hecho no controvertido en este caso (§§ 68-71).

39 El caso *Identoba y Otros contra Georgia*, de 12 de mayo de 2015, constituye un caso solo indirectamente pertinente al tema de la protección del colectivo transexual, dado que se refiere a un recurso interpuesto por la presunta violación del derecho de reunión y manifestación *ex* art. 11 CEDH durante una manifestación celebrada en ocasión de la jornada internacional contra la homofobia. V. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22Identoba%20and%20others%20v.%20Georgia%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-154400%22%5D%7D>.

40 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22%3A%5B%22FRE%22%5D%2C%22app-no%22%3A%5B%2279885/12%22%2C%2252471/13%22%2C%2252596/13%22%5D%2C%22documentcollection-id%22%3A%5B%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-172556%22%5D%7D>.

Vid., también, F. M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, «Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 115.

que ya había empezado a “entreverse” en sentencias anteriores⁴¹, esto es, la vinculación de la “cuestión transexual” con el derecho a la integridad física y moral.

Se trataba de resolver tres supuestos análogos de tres personas transexuales que presentaron un recurso ante el TEDH porque consideraron que el Estado francés, al rechazar sus respectivas solicitudes de corrección de la indicación del sexo en las partidas de nacimiento por el hecho de que, para justificar tal solicitud, el solicitante debe demostrar la “realidad del síndrome transexual” del que está afectado, así como la irreversibilidad de la transformación de su apariencia, violaba su derecho *ex art. 8 CEDH*. En efecto, la segunda condición ahora mencionada obligaría a las personas transexuales que, como ellas, desean obtener una modificación de la indicación de su sexo en el estado civil, a someterse previamente a una operación o tratamiento de esterilidad irreversible, circunstancia, en opinión de los recurrentes, no compatible con el derecho al respeto de la vida privada reconocido por el Convenio.

También en esta ocasión el TEDH, antes de entrar en el fondo de la cuestión, especificó en dos apartados diferentes los avances en tema de protección del colectivo trans en los Estados miembros del Consejo y las novedades relevantes, siempre en el mismo tema, en las fuentes internacionales (en particular en el ámbito del Consejo de Europa y de la ONU) (§§ 70-81).

Respecto de la aplicabilidad del artículo 8 CEDH al caso de autos, además de recordar su abundante jurisprudencia que reconoce una gran amplitud al concepto de “vida privada”⁴², el TEDH afirmó que el reconocimiento de la identidad sexual para las personas trans que no se hayan sometido a un tratamiento de reasignación aprobado por las autoridades o que no deseen someterse al mismo queda incluido en el ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH (§ 94), pues “[c]omo parte de la identidad personal, la identidad de género está plenamente amparada por el derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH” (§ 95).

El Tribunal de Estrasburgo constató que, en el momento de las circunstancias del caso en examen, el derecho positivo francés sometía el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transgénero a la realización de una operación o tratamiento de esterilización, u otro que, por su naturaleza e intensidad, provocaría con una probabilidad muy alta la infertilidad (§ 120).

Al analizar el alcance del margen de apreciación concedido a los Estados miembros respecto de exigir la condición de esterilidad a los transexuales que pidan modificar su identidad sexual en los registros nacionales, el TEDH afirmó que la comunidad internacional no había llegado a un consenso uniforme sobre el particular y seguía estando dividida. Muchos Estados seguían invocando la protección del interés público, debido a la necesidad de preservar el principio de indisponibilidad de la condición personal y garantizar la confiabilidad y coherencia del estado civil, dado que estos casos plantean delicadas cuestiones morales y éticas (§ 122).

Sin embargo, argumentó el Tribunal, ese margen de apreciación tenía que considerarse especialmente “limitado” en estos supuestos, por dos razones principales. En primer lugar, porque en estos casos estaba en juego un aspecto esencial de la identidad privada de las personas, si no de su existencia, dado que la integridad física de las personas está directamente involucrada cuando se trata de esterilización y que el derecho a la identidad de género y el desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (§ 123). En segundo lugar, porque la evolución de las legislaciones de muchos Estados miembros y las afirmaciones de muchos actores institucionales europeos e internacionales que se dedican a la promoción y defensa de los derechos humanos estaban yendo en la dirección de la progresiva eliminación del requisito de la esterilización como condición para obtener la modificación de la identidad sexual de los registros administrativos nacionales (§ 124).

En los Estados que siguen manteniendo este requisito para acceder al cambio registral del sexo, personas que no querían realmente someterse a estos tratamientos tuvieron que aceptarlos con el único propósito de ver por fin reconocida su verdadera identidad sexual también en los documentos oficiales (§ 126). El TEDH no dudó en afirmar de manera tajante que “*tales tratamientos y operaciones médicas afectan la*

41 Como ya se ha dejado de manifiesto, el TEDH había vinculado las problemáticas de las personas transexuales a la protección de este derecho en sentencias como la sobre el asunto *Hämäläinen*.

42 Como ya se ha mencionado, Á. J. GÓMEZ MONTORO, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», op. cit., crítica esta fuerza “expansiva” del art. 8 CEDH.

integridad física de la persona, que está protegida por el artículo 3 CEDH, así como por el artículo 8 CEDH (§ 127), pues tienen consecuencias importantes en el bienestar físico y mental y en la vida emocional, espiritual y familiar (§ 128).

Asimismo, el TEDH afirmó que, evidentemente, el consentimiento a un tratamiento médico no se otorga genuinamente y libremente cuando no prestarlo tiene como consecuencia privar a la persona del pleno ejercicio de su derecho a la identidad sexual y a su desarrollo personal (§ 130). Por tanto, “[c]ondicionar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans a la realización de una operación o tratamiento de esterilización – o que muy probablemente produzca un efecto de esta naturaleza – al que no deseen someterse, equivale a condicionar el ejercicio pleno de su derecho al respeto a su vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH a la renuncia al pleno ejercicio de su derecho al respeto a su integridad física garantizado no solo por esta disposición sino también por el artículo 3 del Convenio” (§ 131).

El Tribunal Europeo no habría podido decirlo más claramente.

Es evidente, pues, que, en aras de la protección del interés general antes descrito, el Estado demandado obligó a las personas transexuales a decidir entre someterse, sin desearlo, a una operación o un tratamiento esterilizante, renunciando así al pleno ejercicio de su derecho al respeto de su integridad física, protegido por el artículo 8 CEDH, o renunciar al reconocimiento de su identidad sexual y por tanto al pleno ejercicio de este mismo derecho. Todo ello, opinó el TEDH, no puede considerarse respetuoso del justo equilibrio que los Estados miembros deben mantener entre el interés general y los intereses de los particulares (§ 132), y constituye una violación del art. 8 CEDH (§ 135).

5.4. El reconocimiento de nuevos requisitos durante el procedimiento de cambio registral de sexo: la necesidad de “rapidez, transparencia y accesibilidad”.

En los casos posteriores, el TEDH pareció “archivar” momentáneamente la jurisprudencia del caso *A.P.* de 2017, aunque siguiera cumpliendo pasos en adelante para la construcción de estándares de protección de los derechos del colectivo transexual.

En el caso resuelto con la sentencia de 11 de octubre de 2018, asunto *S.V. c. Italia*⁴³, por ejemplo, añadió el elemento de la necesaria “rapidez” en la tutela de la persona transexual. Es decir: ya no es suficiente que los Estados prevean la posibilidad de que el individuo pueda pedir el cambio registral de sexo; también es fundamental, para no vulnerar el Convenio, que estos procedimientos no dejen a los transexuales en una situación prolongada de sufrimiento.

En efecto, en el caso de autos, el TEDH llegó a la conclusión de que Italia vulneró el art. 8 CEDH porque no pudo probar qué razones de interés público pudieron impedir durante más de dos años y medio adaptar el nombre que figuraba en los documentos oficiales de la demandante a la realidad de su situación social (§ 71). Esta “rigidez del proceso judicial para el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales [...] colocó a la demandante por un tiempo irrazonable en una situación anormal que ocasionó sus inspirados sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad” (§ 72).

El Tribunal Europeo aludió a que varios instrumentos de derecho supranacional recomendaban desde hace años que los Estados predispusieran un sistema legislativo y administrativo que permitiese el cambio de nombre y género en los documentos oficiales de manera rápida, transparente y accesible (§ 73).

En la sentencia de 17 de enero de 2019, asunto *X. c. la ex República Yugoslava de Macedonia*⁴⁴, la Corte de Estrasburgo argumentó, explicando detalladamente los hechos (67-68), que la legislación del Estado demandado presentaba lagunas legislativas y graves deficiencias (por ejemplo, respecto de la existencia y naturaleza de los requisitos que deba cumplir un solicitante para modificar su identidad sexual en los registros oficiales) “que dejan al demandante en una situación de angustiosa incertidumbre frente a su vida privada y al reconocimiento de su identidad” (§ 70).

43 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-186668%22%5D%7D>.

En doctrina, vid. P. CANNOOT, «S.V. v. Italy: on temporality and transgender persons», *Strasbourg Observers*, 2018, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2018/10/19/s-v-v-italy-on-temporality-and-transgender-persons/>; C. M. REALE, «Corte Europea dei Diritti dell’Uomo - S.V. c. Italia: transizione di genere», *BioDiritto*, disponible en <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-S.V.-c.-Italia-transizione-di-genero>.

44 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-189096%22%5D%7D>.

Asimismo, esta situación de incertidumbre perduraba, para el demandante, desde hace más de seis años (y no se había resuelto aún en el momento de la decisión del TEDH), circunstancia que estaba provocando consecuencias negativas a largo plazo para la salud mental del sujeto.

Todo lo dicho, permitió al TEDH concluir que “*el marco legal actual en el Estado demandado no provee «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles» para cambiar el sexo en los certificados de nacimiento de las personas transgénero*” (§ 70); la falta de un marco normativo que garantizara el derecho al respeto de la vida privada del demandante conllevó la violación del art. 8 CEDH.

Como se ha aludido, los dos casos ahora analizados, aunque tanto los demandantes como las terceras partes interviniente hubieran citado el caso A.P. 2017, el TEDH solo recordó (y aplicó) la doctrina sentada en *Hamalainen* de 2014. Es más: en la sentencia de 2019, el demandante argumentó que había sido obligado a someterse a una cirugía completa de reasignación de género para cambiar el marcador de sexo en el registro de nacimiento, aunque, en el momento de la resolución del TEDH, todavía no la hubiera llevado a cabo (§ 69).

Puede entenderse que el TEDH, en la resolución del caso, no pudiera declarar la vulneración del derecho a la integridad física de los demandantes, dado que todavía no se había sometido a ninguna intervención quirúrgica en contra de su voluntad. No obstante, no puede negarse que estos asuntos habrían podido servir para que el Tribunal Europeo volviera a citar sus argumentos en contra de la imposición de tratamientos médicos (quirúrgicos, pero también de otro tipo) por parte de los Estados del Consejo de Europa para autorizar el cambio de sexo registral a las personas transexuales. Todo ello, además de consolidar un estándar mínimo esencial para la protección de los derechos de las personas transexuales, resultaba casi un deber, en consideración de la decisión tomada en 2018 por la OMS de eliminar el transexualismo del listado de enfermedades.

Sin embargo, el TEDH prefirió no volver a entrar en ese tema tan controvertido, si para declarar la violación del Convenio y proteger a la persona transexual era suficiente centrarse en otros elementos. Como de costumbre, el TEDH se demostró muy prudente en imponer estándares de protección en detrimento del margen de apreciación estatal en un ámbito en el que la comunidad internacional no había (y todavía no ha) llegado a un consenso.

Algo semejante ocurrió con el caso resuelto con sentencia de 9 de julio de 2020, asunto *Y.T. c. Bulgaria*⁴⁵, relativo a un supuesto en el que un hombre transexual, el Sr. Y.T., que nació con sexo biológico femenino pero que desde la adolescencia se identificó con el sexo opuesto y que emprendió voluntariamente algunas operaciones quirúrgicas (como una mastectomía completa, entre otras) para adaptar su apariencia a su identidad sexual, recibió una negativa injustificada por parte de las autoridades competentes a que se le otorgara la reasignación de sexo en el registro del estado civil. Los tribunales búlgaros supeditaron la modificación administrativa de su sexo a la realización de una intervención quirúrgica de reasignación total del sexo, pues “reconocer que una persona pertenece a un sexo determinado como hecho jurídico, sobre la base del sentimiento psíquico personal por ese sexo concreto experimentado por esa misma persona, no solo constituye una violación de la ley, sino que crearía en la persona en cuestión un nuevo estado que corre el riesgo de no aceptar realmente” (§ 11).

El TEDH llegó a la conclusión de que no se violó el derecho al respeto de la integridad física del demandante, dado que el Sr. Y.T., después de varios años viendo como las autoridades nacionales denegaban su solicitud, tomó voluntariamente y libremente la decisión de someterse a la intervención quirúrgica requerida por las autoridades de su país para obtener el reconocimiento de su reasignación de género (§ 68), circunstancia que diferencia este caso del de 2017 sobre el asunto *A.P., Garçon y Nicot*.

El Tribunal fundó la violación del Convenio por parte de Bulgaria en la falta de una justificación suficiente como fundamento de la negativa de las autoridades nacionales a reconocer legalmente la reasignación de género del demandante, que vulneró indebidamente su derecho al respeto de su vida privada, y, por ello, el art. 8 CEDH.

Aunque el TEDH criticara algunas afirmaciones de los tribunales nacionales (entre otras, la creencia de

45 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203898%22%5D%7D>.

Vid. O. Bouazza Ariño, «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, (pp. 317-330), p. 238.

que la reasignación de género no es posible siempre que la persona presente características fisiológicas del sexo opuesto al nacer; o que la aspiración sociopsicológica de una persona por sí sola no era suficiente para sustentar una solicitud de reasignación de género), no mencionó en ningún momento que la previsión en sí de una regla que condiciona la obtención del cambio registral del sexo a la realización de una operación quirúrgica pone, como ya afirmó en 2017, asunto *A.P., Garçon y Nicot*, a la persona transexual ante la necesidad de elegir entre su integridad física y su derecho a la identidad sexual. Asimismo, la decisión del individuo es muy probable que esté viciada, al saber que solo podrá obtener el reconocimiento de su identidad sometiéndose a una cirugía.

VI. LA RECIENTE SENTENCIA *X. E Y. C. RUMANIA* DE 2021: ¿CONSOLIDACIÓN DE AVANCES IMPORTANTES O PRUDENCIA EXCESIVA POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO?

En la reciente sentencia de 19 de enero de 2021, asunto *X. e Y. c. Rumania*⁴⁶, el TEDH tuvo la ocasión para volver a aplicar la doctrina sentada en el asunto *A.P.* de 2017.

Se trataba de un caso en el que los tribunales rumanos, aplicando un marco legal en materia de reconocimiento legal de género que el TEDH reconoció que no era claro y, por lo tanto, predecible, se negaron a reconocer la reasignación de género o autorizar la modificación de la designación de género y otros datos en los registros civiles por no haberse realizado cirugías de reasignación de género en los genitales, considerando que el principio de autodeterminación no era suficiente para atender las solicitudes de cambio de género que se les presentaban.

El TEDH observó que los demandantes no deseaban someterse a tales intervenciones antes del reconocimiento legal de su reasignación de género, y que, por tanto, dicha cirugía afectaba a su integridad física (§§ 160-161).

Sorprende que el Tribunal de Estrasburgo diferencie la situación de los demandantes de este caso de los de los asuntos de 2018, 2019 y 2020 por el simple hecho que hayan (o no) demostrado en algún momento querer someterse a una intervención quirúrgica de cambio de sexo.

En opinión de quien escribe, sobre todo después de la eliminación de la transexualidad del listado de enfermedades de la OMS en 2018, la atención del Tribunal debería dirigirse a comprobar si las legislaciones de los Estados miembros siguen imponiendo que las personas transexuales, para obtener el reconocimiento registral de su identidad sexual, se sometan a determinados tratamientos contrarios a su integridad física y moral, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad⁴⁷, aunque, claro está, la decisión del TEDH y la eventual condena del Estado solo pueden fundarse en los hechos constitutivos del supuesto concreto. Esto, en particular, por las razones antes mencionadas, esto es, por la posibilidad de que el mantenimiento de ciertas prácticas médicas previstas en la ley nacional puede viciar el consentimiento del solicitante.

El problema sobre el que el TEDH debería centrarse es impulsar la eliminación de cualquier obstáculo, por parte de los Estados, al ejercicio del derecho de autodeterminación en ámbito de identidad sexual. Los Estados, como ya ha dejado claro el Tribunal, tienen margen de discrecionalidad limitado y tienen que promover acciones positivas que permitan a las personas transgénero sentirse seguras durante el procedimiento de cambio de sexo en los registros, que estos procedimientos se realicen de la forma más rápida, transparente y accesible posible, y sin crear una situación de sufrimiento en el solicitante.

46 [https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-207364%22\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-207364%22]]).

En doctrina, vid. S. SCHOENTJES, «X and Y v. Romania: the ‘impossible dilemma’ reasoning applied to gender affirming surgery as a requirement for gender recognition», *Strasbourg Observers*, 2021, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2021/02/25/x-and-y-v-romania-the-impossible-dilemma-reasoning-applied-to-gender-affirming-surgery-as-a-requirement-for-gender-recognition/>.

47 En esta línea, el TEDH aludió en el apartado 166 a que el número de países que requieren la cirugía de reasignación de género como requisito previo para el reconocimiento legal de la identidad de género está disminuyendo constantemente; en 2020 veintiséis Estados miembros del Consejo de Europa ya no requerían cirugía para la reasignación de género.

Centrándose en los supuestos “deseos” de los transexuales, el TEDH corre el riesgo de convertir en más lento y menos efectivo el proceso de reconocimiento homogéneo de los derechos de las personas transexuales en el entorno europeo.

Con las mismas argumentaciones que utilizó en casos anteriores (esto es, que los tribunales nacionales no demostraron la naturaleza exacta del interés general que exige no permitir el cambio legal de sexo, y no realizaron, con la debida consideración del margen de apreciación otorgado, muy limitado, un ejercicio de ponderación de este interés con el derecho de los solicitantes a que se reconociera su identidad sexual), el Tribunal Europeo consideró que Rumania dejó, durante un período irrazonable y continuo, a los demandantes en una situación que les inspiró sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (§ 165).

La evolución de las legislaciones europeas sobre el particular, la ausencia de un procedimiento claro y previsible de reconocimiento legal de la identidad de género que permita el cambio de sexo en los registros de forma rápida, transparente y accesible, provocaron una violación del art. 8 CEDH.

Además, la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la identidad masculina de los solicitantes por falta de cirugía de reasignación de género resultó en este caso en la ruptura del justo equilibrio que el Estado debe mantener entre el interés general y los intereses de los solicitantes (§§ 166-168).

Como ya afirmé en otro contexto⁴⁸, considero que, pese al valor absolutamente positivo de esta sentencia, el Tribunal Europeo perdió una ocasión valiosa para demostrarse más contundente en la creación e imposición de unos estándares mínimos muy precisos en materia de requisitos que los Estados miembros pueden exigir a la hora de autorizar un cambio de sexo en los registros civiles.

Estos estándares mínimos tienen que ir en la dirección de eliminar cualquier requisito que siga asociando la transexualidad a una enfermedad o patología, para conseguir alejándose cada vez más de la estigmatización de ese colectivo. Lo relevante en el ámbito de la identidad sexual, como ha afirmado también el TEDH, es el respeto de dignidad y de la vida privada del sujeto y, en particular, de su derecho a la autodeterminación y libre elección.

Todo ello, sin olvidar que estos derechos tienen que ponderarse con otros intereses igualmente relevantes, como la preservación del principio de indisponibilidad de la condición de las personas, de la garantía de confiabilidad y consistencia del estado civil y, de manera más amplia, de la exigencia de seguridad jurídica. Todos ellos están comprendidos en “el interés general” que cada Estado miembro tiene que proteger y que justifica el establecimiento de procedimientos rigurosos para la modificación registral del sexo⁴⁹. No obstante, no puede dudarse de la prevalencia de la protección de los derechos de los transexuales respecto del interés estatal en la seguridad jurídica en el ámbito del reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans.

43

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de protección de las personas transexuales frente a la negativa de los Estados a la modificación del sexo registral, en atención al ejercicio del derecho a la identidad sexual, pueden deducirse algunas reflexiones finales.

En primer lugar, el TEDH ha ido promoviendo, paulatinamente y en particular en las últimas dos

48 Vid. S. ROMBOLI, «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», Entrada de blog, IberICONnect, 26 de abril de 2021, disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/el-tribunal-europeo-vuelve-a-recorrer-el-camino-en-la-direccion-de-una-efectiva-proteccion-de-la-identidad-sexual/>.

49 Además, ya critiqué las afirmaciones poco contundentes y “formalistas” del TEDH, porque podrían generar un espacio en el que, en el futuro, un Estado justifique adecuadamente las razones de interés general que justifican la necesidad de realizar una cirugía de reasignación del sexo antes del cambio administrativo de identidad sexual, vid. S. ROMBOLI, «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», op. cit.

décadas, el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y la necesidad de que los Estados tengan en consideración sus reivindicaciones, tanto respecto del ejercicio del derecho a la autodeterminación en el ámbito de la identidad sexual, como respecto de la protección de su integridad física y moral. Todos estos derechos están amparados por el Convenio Europeo, en concreto por el art. 8 CEDH.

En segundo lugar, en relación con el posible conflicto entre los intereses nacionales y los derechos de las personas trans, el TEDH ha ido reduciendo sensiblemente el margen de apreciación que los Estados miembros del Consejo de Europa pueden invocar para limitar el ejercicio de los derechos de las personas que pertenecen al colectivo transexual y que quieren acceder al cambio de sexo en los registros civiles. Todo ello incluso antes de que pueda afirmarse que exista un consenso internacional sobre este particular.

Pese a que, como ya afirmé en otros contextos⁵⁰, considere la actuación del Tribunal Europeo todavía demasiado “prudente” a la hora de imponer estándares mínimos de protección de este colectivo, no puede negarse el empeño de esta institución en la dirección de una efectiva protección de las personas transexuales, con incuestionables logros en este sentido.

En último lugar, y para concluir, es evidente que el rol del Tribunal Europeo no se limita a resolver casos concretos. Su labor tiene, también, el propósito de crear las normas comunes de tutela de los derechos reconocidos en el Convenio que sean de aplicación en todos los Estados miembros. Atestiguan esta tendencia, además de las palabras del Juez Martens antes mencionadas, también, de un lado, la frecuente utilización por parte del TEDH de las denominadas “sentencias piloto”⁵¹, así como la reciente evolución de las atribuciones del Tribunal mismo. En concreto, me refiero a la entrada en vigor, en 2018, del Protocolo n. 16 al Convenio Europeo⁵², a través del cual se añade una competencia nueva de esta jurisdicción, a saber, la posibilidad de emitir opiniones consultivas respecto de dudas sobre la interpretación del Convenio Europeo que hayan surgido en el seno de un juicio concreto ante una “alta jurisdicción” de un Estado miembro del Consejo (en relación, por tanto, con la aplicación del CEDH al supuesto mismo); a ellas el TEDH contestará con respuestas generales y genéricas relativas a la correcta interpretación del Convenio Europeo. Estos contenidos, por tanto, se sumarán a las interpretaciones proporcionadas en la jurisprudencia casuística del Tribunal, entre los cuales la comunidad internacional encontrará los estándares mínimos de protección de los derechos humanos aplicable en los ordenamientos nacionales.

Es fundamental, por tanto, que el Tribunal Europeo siga desempeñando ese rol en la producción de unas normas comunes claras y firmes que guíen las actuaciones de los Estados miembros, tanto respecto de la protección de los derechos de las personas transexuales, como de cualquier persona o colectivo en situación de vulnerabilidad.

44

50 Vid. S. ROMBOLI, «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», op. cit.; S. ROMBOLI, «The standards of protection of trans people elaborated by the Court of Strasbourg and their incorporation in the recent spanish legislative proposal», *The Age of Human Rights Journal*, 2022, en prensa.

51 Vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y realidad constitucional*, n. 42, 2018 (Ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 2018, pp. 395-424; S. TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, «Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 18, 2020, pp. 130-147.

52 Vid., entre otros: L. M. LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo 2014, pp. 11-29; S. ROMBOLI, «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. P. Iadicco (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. 2, (Derechos fundamentales, coord. por C. Montesinos Padilla), CEPC y BOE, Madrid, 2020, pp. 41-62; M. A. SEVILLA DURO, «El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos», *Anales de Derecho*, 2020, pp. 1-26.